



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 101/1996

La Laguna, a 10 de diciembre de 1996.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Presidente del Gobierno sobre la *Propuesta de Orden resolutoria del expediente de reclamación de indemnización, formulada por J.S.S., por daños producidos en el vehículo (EXP. 125/1996 ID)*.*

FUNDAMENTOS

I

1. A preceptiva solicitud de la Presidencia del Gobierno de la Comunidad Autónoma (CAC), se emite Dictamen sobre la adecuación al Ordenamiento Jurídico de una Propuesta de Resolución, con forma de orden Departamental de la Consejería de Obras Públicas, de la Administración autonómica, por lo que se pretende estimar, concediéndose oportuna indemnización, una reclamación por daños a particulares ocasionados, se alega, por el funcionamiento del servicio público de carreteras de titularidad autonómica.

Dicha reclamación se ha presentado el 15 de noviembre de 1995 ante el referido Departamento administrativo por J.S.S., como titular del vehículo dañado y en ejercicio del derecho indemnizatorio correspondiente a la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración prevista en nuestro Ordenamiento Jurídico a partir del artículo 106.2 de la Constitución (CE), habiéndose producido los daños en cuestión el 9 de noviembre de 1995 al ser alcanzado el mencionado vehículo por piedras caídas desde la ladera contigua a la carretera C-812, a la altura del punto kilométrico 68.450 y a las 13,15 horas.

* **PONENTE:** Sr. Petrovelly Curbelo.

* **VOTO PARTICULAR:** Sr. Plata Medina.

2. Sin embargo, por ser determinante a nuestro propósito es de advertir tanto que el mantenimiento y conservación de la carretera donde ocurrió el hecho lesivo, actividades que forman parte del funcionamiento del servicio público del que se trata y deben ser garantizadas en su realización por la Administración, en orden a que tal carretera sirva a sus fines con eficacia y seguridad, están contratadas con U.T.E. M., pudiendo legalmente serlo en efecto, como que, precisamente, en la fecha de presentación de la reclamación, y aun de producción del accidente, ya estaba en vigor la Ley 13/95, de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por tanto, ocurriendo que mediante el indicado contrato de asistencia, y por ello especial, visto su objeto y finalidad se contrata la prestación de las actividades del servicio antedichas, con lo que ello comporta a fines de asunción de responsabilidad por daños causados en su ejecución, resulta que, en todo caso y sin perjuicio de lo que se expondrá más adelante, es al contratista a quien corresponde asumir dicha responsabilidad, salvo que por él se alegue y demuestre suficientemente que esos daños ocurren a consecuencia de orden directa e inmediata de la Administración contratante (cfr. artículos 1.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, RRP, y 134, en relación con el 218 del Reglamento General de Contratación, RGC, y especialmente con el Decreto 1.005/74 y sus modificaciones reglamentarias).

En este sentido, aunque la Administración sostiene en esta ocasión que U.T.E. no es responsable por los daños sufridos por el reclamante porque, según proclama, no se incluye en la contratación la responsabilidad por daños causados a los usuarios por desprendimientos en la carretera, es lo cierto no solo que no es objeto de estos contratos en puridad la asunción o no de esa responsabilidad, siéndolo la realización de las labores propias de la conservación y mantenimiento de la vía y sus elementos esenciales o auxiliares y debiendo asumir la primera quien asume la segunda, sino que, justamente y a la vista de la cláusula 5.1 de las Prescripciones Técnicas de esta contratación, forma parte de las funciones contratadas por U.T.E. la conservación de los taludes y terraplenes de la C-812.

Esto es, del propio objeto del contrato se deduce que, debiendo la contratista cuidar y sanear esos taludes, es claro que en principio la misma ha de responder patrimonialmente cuando, por caída de piedras de aquéllos, se causa daño a particulares en sus bienes o personalmente, salvo que probare la incidencia de una

causa de exoneración de su responsabilidad jurídicamente prevenida, tanto la ya referida de orden administrativa, como otras tales como fuerza mayor, actuación del propio afectado o intervención inmediata y exclusiva de un tercero.

II

A la luz de la documentación obrante en el expediente formalizador del presente procedimiento remitido a este Organismo junto a la solicitud del Dictamen, han de hacerse varias observaciones a la tramitación y culminación de aquél, alguna de ellas determinante a los fines del Dictamen como se verá.

1. En primer lugar, siendo cierto que, cualquiera que fuese la iniciativa que legalmente pudiese formar frente a la Administración autonómica, que ésta debe resolver como titular del servicio afectado y eventual contratista de algunas de sus funciones, su plasmación le corresponde al titular del bien dañado o a su representante, sin embargo este hecho debe entenderse siempre de conformidad con las normas aplicable al caso (cfr. artículos 21 y 29 del Estatuto de Autonomía, en relación con el Real Decreto 2.125/84, de traspaso de funciones y servicios del Estado a la CAC en materia de carreteras y la Ley autonómica 9/91, de carreteras de Canarias o su Reglamento, por un lado, y con las Leyes 13/95, ya citada, y 30/92, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y el RRP, por el otro).

Razón por la que la presentación en regla de una reclamación de indemnización por daños por el afectado no significa que se cumplan debidamente las reglas procedimentales aplicables en la materia. Así, tal presentación es correcta, tramitándose el procedimiento de daños correspondiente, únicamente en determinados supuestos de haberse contratado la realización de funciones del servicio (cfr. Artículo 1.3. RRP), de manera que, en esa eventualidad, la Administración actuante ha de determinar, ante todo, si existe esa contratación y, comprobada al menos indiciariamente la presencia de daños, si ha habido orden inmediata y directa de órgano administrativo competente al contratista que pudiera ser causante de aquéllos.

En el caso que nos ocupa, constatado que contractualmente cabe exigir responsabilidad al contratista y que no existe orden administrativa causante de los

daños, cuya producción evaluación e individualización esta suficientemente demostrada por demás, ha de concluirse que, de acuerdo con lo previsto en el precepto del RRP varias veces citado, pero también de conformidad con lo dispuesto en el aplicable artículo 98, Ley 13/95, no procede tramitar el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración porque no cabe exigirle a ésta la misma por los daños, debiendo serle exigida al contratista por el afectado y mediante acción civil.

Consecuentemente, no procede que por la Administración competente, que sin duda es la autonómica contratante con U.T.E. y titular de la prestación del servicio interesado, se admita la reclamación del afectado en cuanto tal, habida cuenta que tan solo sería admisible, según previene el artículo 98.3, Ley 13/95, que el tercero lesionado requiera a dicha Administración, dentro del año siguiente a la producción del hecho lesivo y con interrupción del plazo de prescripción de la acción civil, para que se pronuncie, oído el contratista, sobre a que parte del contrato corresponde la responsabilidad por los daños.

En definitiva, la Resolución a evacuar no puede, en supuestos como el presente y teniendo en cuenta las circunstancias contractuales antes reseñadas, culminar un procedimiento de responsabilidad patrimonial, aunque, por economía procedimental y en evitación de perjuicios innecesarios al afectado, que posiblemente desconoce y seguramente no tiene que saber en su condición de mero usuario de un servicio público la existencia de un contrato, cabría sostenerse que la reclamación presentada equivale al requerimiento aludido en el párrafo precedente, el cual ciertamente se habría presentado en el tiempo legalmente fijado para ello.

En otras palabras, la Resolución debiera advertir razonadamente al afectado y reclamante que no cabe dirigir en este caso la reclamación a la Administración autonómica, señalándole que, asumida la existencia del hecho lesivo y la producción de daños y no existiendo orden suya al contratista que los ocasionare, corresponde a éste responder de los mismos porque, contractualmente, estaba obligado a sanear el talud del que al parecer cayeron las piedras que ocasionaron los daños sufridos, de modo que ha de exigirle la responsabilidad por ello y la subsiguiente indemnización resarcitoria a través del órgano judicial civil competente. Y ello, pese a no desconocerse que antes pudiera tenerse que pasar por la vía contencioso-

administrativa porque la decisión administrativa que se ha explicitado puede ser, lógicamente, recurrible por el contratista o por el propio afectado.

Además, ni que decir tiene que, comprobada por el órgano de contratación la presencia de daños y de orden administrativa que hubiera podido ocasionarlos, la Administración ha de tramitar sin más dilación el oportuno procedimiento de responsabilidad para reconocer el derecho indemnizatorio del afectado y otorgarle la indemnización resarcitoria que proceda (cfr. artículos 141.1,2,3 y 5, Ley 30/92 y 1, 2, 3, 5, 7 y 14 RRP).

Por último, procede advertir que la obligatoriedad de la intervención de este Organismo, o lo que es igual la preceptividad de la solicitud de Dictamen, en esta materia tan sólo existe cuando se esté exigiendo responsabilidad patrimonial a la Administración y en relación con la Propuesta de Resolución estimatoria, en todo o en parte, o desestimatoria de la correspondiente reclamación del afectado, pero no, como es el supuesto que nos ocupa, cuando lo pertinente es que el afectado produzca, en su caso, el requerimiento previsto en el artículo 98.3, Ley 13/95 y la Administración responda al mismo.

2. De todos modos, aunque por la razón formal expuesta en el Punto precedente de este Fundamento no proceda analizar el tratamiento que hace la Propuesta de Resolución analizada del fondo del asunto que trae causa, sin embargo y asimismo desde una óptica exclusivamente procedimental cabe hacer otras observaciones críticas a la actuación producida.

- Según ha señalado en numerosas ocasiones este Organismo, remitiéndonos en este punto a lo explicitado en sus Dictámenes al respecto, no es correcta la culminación del procedimiento en el momento de la intervención del Consejo Consultivo con un Informe del Servicio Jurídico del Gobierno, que tiene el mismo objeto que su Dictamen y aparece en idéntico momento procedimental que aquél. Además, el Dictamen ha de producirse en relación con una Propuesta de Resolución que no sólo ha de ser definitiva, sino que ha de ser producida por el órgano instructor del procedimiento, que en este supuesto es el órgano de contratación, cualquiera que sea la decisión que se tiene sobre la aplicación o no al caso del artículo 98, Ley 13/95.

- Sin justificación para ello, ni siquiera con el uso de las facultades previstas en los artículos 42.2 y 49, Ley 30/92, que no han sido ejercitadas por demás, se incumple el plazo de resolución expresa del asunto previsto en el artículo 13, RRP o, en su defecto, 42.2, Ley 13/95, siendo por consiguiente aplicable lo ordenado en los artículos 42.3 y 79.2 de esa Ley, con las consecuencias que fuesen pertinentes. No obstante, desconociéndose que el afectado hubiere actuado según le permite el citado artículo 13.3, RRP o utilizado la facultad que le otorga el artículo 44, Ley 30/92, la Administración debe resolver expresamente la cuestión planteada, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 43.1 de dicha Ley.

- Es obligado dar siempre audiencia al contratista en esta materia y asunto (cfr. artículos 1.3, RRP y 98, Ley 13/95), tanto de tratarse de determinar tan sólo la parte del contrato responsable de los daños, como cuando se entendiere que es aplicable, a todos los efectos, el artículo 134 del Reglamento General de Contratación, pues en todo caso aquél tiene derecho a ser no sólo oído, sino notificado de las actuaciones del procedimiento para que se persone, exponga lo que le interese y proponga las pruebas que estime necesarias. Lo que no se ha hecho en este caso, sin que al efecto sea excusa la opinión, que resulta incorrecta según hemos visto, de que el contratista no es parte interesada en esta ocasión, puesto que contractualmente lo es y, a mayor abundamiento, no hay orden administrativa que evite en principio su responsabilidad.

- Finalmente, no es correcto que la Administración actuante ordene abrir un período probatorio y luego no practique prueba alguna, al considerar demostrados los hechos alegados por el reclamante en base a sus propios informes y datos, puesto que, según dispone el artículo 80.2, Ley 30/92 y aun cuando el reclamante proponga medios probatorios, el órgano instructor sólo está obligado a abrir ese período cuando no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija.

CONCLUSIONES

PRIMERA. Por las razones formales expuestas en el Fundamento II, Punto 1, no es conforme a Derecho la Propuesta de Resolución analizada, debiéndose acomodar la decisión administrativa en el supuesto del que se trata a lo dispuesto en el artículo 98.3, Ley 13/95, en los términos expresados en este Dictamen.

SEGUNDA. En todo caso, la actuación producida presenta los defectos procedimentales explicitados en los Fundamentos I y II, teniendo la referente a la determinación del objeto del contrato aquí aplicable decisiva influencia sobre la adecuación de dicha actuación.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. CONSEJERO D. FRANCISCO PLATA MEDINA AL DICTAMEN 101/1996, ACERCA DE LA PROPUESTA DE ORDEN RESOLUTORIA DEL EXPEDIENTE DE INDEMNIZACIÓN, FORMULADO POR J.S.S, POR DAÑOS PRODUCIDOS EN SU VEHÍCULO. CORRESPONDIENTE AL EXPEDIENTE 125/1996 ID.

A) El presente voto particular se formula por el Consejero firmante de conformidad con las previsiones contenidas al efecto en el artículo 52 del Decreto 464/1985 de 14 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento del Consejo Consultivo de Canarias.

B) Como quiera que la discrepancia del Consejero que suscribe sobre el contenido del dictamen se constriñe esencialmente a la interpretación que se hace en el cuerpo del mismo sobre la aplicación de la Ley 13/1995 de 18 de mayo a los efectos derivados de un contrato celebrado con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, en el caso de que la solicitud de reclamación por daños se hubiera presentado una vez entrada en vigor dicha ley, lógicamente el voto particular ha de referirse exclusivamente a la tesis que se sostiene por este Consejero respecto a dicha cuestión y a aquellos aspectos íntimamente ligados con ella, tesis que será explicitada sucintamente, y no se proyecta sobre el resto del Dictamen.

1. RAZONAMIENTO DEL VOTO PARTICULAR.

La ponencia aprobada por el Pleno y de cuyo parecer se discrepa por el exponente afirma en síntesis que, aunque los hechos por los que se reclama se produjeron estando vigente el contrato de mantenimiento y conservación de la vía pública donde se produjo el accidente celebrado al amparo de la legislación anterior en materia de contratación pública, resulta de aplicación a dicho supuesto la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995.

La interpretación de la aplicación retroactiva de la ley -en sus aspectos procedimentales-, según se señala en la ponencia, a situaciones surgidas estando vigente un contrato celebrado al amparo de la legislación contractual anterior, hace preciso hacer un breve análisis acerca de la retroactividad de las leyes, teniendo en cuenta las previsiones contenidas al respecto en la Constitución Española, el Código Civil y la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995.

La primera referencia a los efectos en el tiempo de las normas-es decir al paso de una regulación a otra- es la contenida en el artículo 9.3 de la Constitución en cuanto consagra el principio de *irretroactividad de las Disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*.

Algo más avanza al respecto el Código Civil cuando prevé que *las normas no tendrán efecto retroactivo si no dispusiesen lo contrario* (art. 2.3 CC); aquí si hay ya una norma general sobre aplicación de las normas en su sucesión temporal y la previsión es que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no se dice lo contrario; no prohíbe la retroactividad, sino que sienta el criterio de que no se presupone si no se dice expresamente lo contrario.

Al no disponer otra cosa, la LCA entró en vigor a los veinte días de su publicación en el BOE (art. 2 CC). En su consecuencia habiéndose publicado el 19 de mayo de 1995, la vigencia de la Ley comenzó el 8 de junio de 1995.

No obstante parte de sus preceptos están sometidos a un régimen transitorio y otros están pendientes de su desarrollo reglamentario. El régimen transitorio de la LCA mantiene esas situaciones creadas bajo la legislación anterior. La Ley no tiene eficacia retroactiva ni procedimental ni materialmente. En su consecuencia la primera de sus Disposiciones Transitorias distingue entre los contratos adjudicados (y por tanto ya perfeccionados, art. 54 LCA) y los contratos pendientes de adjudicación.

Los primeros se rigen por la normativa anterior y los segundos por la nueva Ley, sin que no obstante sea obligatorio el reajuste de las actuaciones ya realizadas.

Las leyes administrativas, como las demás leyes, suelen tener Disposiciones Transitorias para regular la sucesión en el tiempo de normas jurídicas, pero ellas mismas no establecen un sistema o modelo de transitoriedad general y ni siquiera un concepto de lo que debe entenderse como transitorio.

El Código Civil ofrece pues el único modelo de transitoriedad aplicable supletoriamente en defecto de previsiones especiales de carácter general. A este respecto la Disposición Transitoria que ofrece criterios de supletoriedad aplicables a la Ley 13/1995 en lo tocante a la cuestión debatida es la Transitoria segunda del Código Civil:

Sienta ésta el criterio fundamental de que *"los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas"*. No solo la relación jurídica se rige por la norma vigente al momento de realización del acto o celebración del contrato sino todos sus efectos.

Siendo ello así y, volviendo al contenido del Dictamen, en el mismo se indica que, puesto que en la reclamación planteada lo que se ventila es la posible responsabilidad del contratista o de la Administración, lo procedente en Derecho de la propuesta de resolución planteada sería "la inadmisión de la pretensión de resarcimiento ejercitada con indicación expresa de que la cuestión suscitada afecta exclusivamente a la reclamante y a la empresa contratista y compete a la jurisdicción civil".

A esta conclusión se llega al considerar que la norma de aplicación al supuesto planteado sería el artículo 98 de la nueva ley so pretexto de que lo que en él se regula es una pura cuestión procedimental y que, en nada afecta a las relaciones establecidas entre las partes contratantes (Administración y empresa).

Frente a estas consideraciones conviene hacer dos precisiones:

a) Aún admitiendo a efectos puramente dialécticos que se tratara de una cuestión puramente procedimental, la aplicación retroactiva de dicho supuesto

trámite procedimental no está establecida en norma alguna de la propia ley, ni puede deducirse en modo alguno del resto del ordenamiento regulador de la materia, como se ha puesto de manifiesto en los razonamientos precedentes.

b) Pero es que, en todo caso la afirmación de que se trata de un puro trámite procedimental y que en nada afecta a las relaciones ente las partes, no se ajusta a la realidad sino que, antes al contrario, altera sustancialmente el marco jurídico en que fue celebrado el contrato anterior. Y ello es así porque, como se ha señalado anteriormente la Disposición Transitoria segunda del Código Civil prevé que no solo la relación jurídica se rige por la norma vigente al momento de la realización del acto o celebración del contrato, sino todos sus efectos. Entre tales efectos han de ser incluidos necesariamente la responsabilidad frente a terceros. De acuerdo con ello dicha materia, en lo que al tema debatido concierne, se encontraba regulada por el artículo 134 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975 de 25 de noviembre que establecía en su apartado tercero que:

"Las reclamaciones de los terceros se presentarán en todo caso en el término de un año ante el Órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de aquéllas, su cuantía y la parte responsable, Contra su acuerdo podrá interponerse recurso ante la jurisdicción contencioso administrativa".

En su consecuencia entre los efectos del contrato firmado se encontraba la previsión de que, en caso de que se produjera la reclamación de un tercero como consecuencia de un hecho lesivo, el órgano de contratación determinaría la procedencia de la misma, su cuantía y la parte responsable. Esta previsión formaba, en su consecuencia, parte del marco jurídico normativo en el que se establecían los derechos y obligaciones de las partes.

Frente a dicha regulación el artículo 98 de la nueva ley, cuya aplicación al caso debatido se considera procedente por el Dictamen que se contradice, precisa que:

"los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista se pronuncie sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la

acción civil. La reclamación de aquéllos se formulará, en todo caso, conforme al procedimiento establecido en la legislación aplicable a cada supuesto”.

El contraste entre ambas regulaciones pone de manifiesto de forma patente, que no estamos en presencia de una pura cuestión procedimental, sino que se ha alterado de forma sustancial el régimen jurídico sustantivo de exigencia de responsabilidad del contratista frente a terceros y, en su consecuencia los efectos del contrato en su día celebrado, entre la Administración y el contratista. En efecto en el momento de celebrarse el contrato y, por mor del régimen jurídico vigente, con independencia de que se hiciera o no constar expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, en el marco del contenido obligacional del contratista se encontraba la previsión de que, en caso de daños a terceros, debía responder y que, en la determinación de esa responsabilidad, el órgano de contratación podía cuantificar la misma, decidir sobre su procedencia y la parte responsable, así como el sometimiento a la jurisdicción contencioso administrativa para dilucidar su eventual desacuerdo. Frente a dicho régimen la nueva limita la actuación del órgano de contratación- y en su consecuencia a uno de los efectos del contrato- a determinar quien es la parte responsable y a señalar que, en caso de que lo sea el contratista, la jurisdicción competente ha de ser la civil. Como lógica consecuencia de todo ello, se han alterado los efectos del contrato, tanto respecto a las partes contratantes,- ya que mientras la Administración se ve privada de la facultad de decidir sobre todos los extremos que le permitía el artículo 134 comentado, y el contratista se encuentra en una posición que pudiera entenderse mejorada frente a la legislación anterior,- como respecto a los terceros perjudicados a los que, mientras en el marco jurídico anterior la Administración debía dar respuesta en el plazo de seis meses a su petición de reclamación, concretando la parte responsable y cuantía de la indemnización correspondiente e, incluso disponiendo en el contenido de la resolución, la obligación del contratista de indemnizar al particular una cantidad líquida, ahora se limita a pronunciarse- por cierto sin concreción de plazo alguno- sobre a cual de las partes contratantes corresponde la responsabilidad por los daños, y, en el caso de que considere que es el contratista, deberá iniciar la correspondiente acción en la jurisdicción civil, en la que no existe término para obtener una sentencia y que, en caso de señalar eventualmente que la responsabilidad no es del contratista, sino que puede haber indicios de le podría corresponder la Administración, deberá dirigirse

contra ésta y, en su caso, dilucidar la posible responsabilidad administrativa ante la jurisdicción contenciosa.

Al hilo de la argumentación mantenida hasta el momento, se hace necesario realizar algunas consideraciones acerca de la responsabilidad de la Administración y del contratista y del régimen jurídico de la misma por el tratamiento que de dicha cuestión se hace asimismo en el Dictamen del que se discrepa.

El artículo 106 de la Constitución establece la responsabilidad objetiva de la Administración por daños causados a los particulares siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. Desde esta perspectiva, los daños y perjuicios que el vicario de la Administración (en este caso el contratista) cause a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, deberían ser imputables en todo caso, a la Administración, sin perjuicio del derecho de ésta de repetir contra el contratista, Director Facultativo o autor del proyecto. La doctrina dominante con base en la legislación anterior se inclinaba a favor de considerar que la distinción entre las responsabilidades de la Administración y el contratista opera sólo a efectos internos.

En apoyo de esta argumentación, es importante la posición del Consejo de Estado que considera que *"si la Administración responde circunstancialmente cuando los servicios son concedidos a terceros, con más razón procede su responsabilidad en los casos de ejecución de obras, cuando no hay propiamente transferencia alguna de titularidad y la Administración permanece en todo momento como la dueña de la obra"*.

En esta misma línea la Sentencia del T.S. de 23 de febrero de 1995 señala que *"Como tiene declarado este Tribunal en Sentencia, entre otras, de 19 de mayo de 1987, la naturaleza netamente objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ajena por tanto a la idea de culpabilidad, impide a ésta, que actúa en la esfera de sus atribuciones para satisfacer un servicio público, desplazar la misma al contratista, mero ejecutor material, sin perjuicio de la acción de repetición de aquélla contra éste"*.

Otra de 27 de diciembre de 1989 precisa que *"Debe señalarse para completar el estudio de la cuestión debatida, que las consideraciones que han quedado expuestas no pueden verse desvirtuadas por una hipotética exoneración de responsabilidad de*

responsabilidad de la Administración demandada con fundamento en el artículo 134 del RGCE, invocada en el expediente administrativo pues si bien es verdad que las obras origen de este litigio fueron adjudicadas a la empresa X., S.A. no puede olvidarse que la naturaleza de la responsabilidad de esa empresa es subjetiva, mientras que es directa y objetiva la responsabilidad de la Administración que en este proceso se postula; todo ello, como es lógico, sin perjuicio de la posible acción de reintegro que la Administración pueda formular frente al contratista, por obra mal realizada".

En esta línea argumental y partiendo de los principios constitucionales que regulan la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos, los cuales consagran la responsabilidad objetiva de la Administración, de manera que verificada la existencia de una lesión y sin necesidad de probar la culpa en el marco de los servicios públicos la Administración responde, no sería posible eludir las consecuencias de esta regla constitucional trasladando la responsabilidad al contratista por el sistema de culpa.

No obstante ello,-y sin entrar ahora en el debate de tal cuestión-éste no ha sido el criterio del legislador que, en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (aprobado por RD 429/1993 de 26 de marzo) establece la responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de vicios del proyecto (art. 1.3) y esta misma solución es la que acoge la nueva Ley.

Con lo que el lesionado por un acto imputable en principio a la Administración, debe formular reclamación administrativa dentro del año siguiente a la producción del hecho. La Administración, oído el contratista, dicta resolución declaratoria de la imputabilidad del daño; resolución que en cuanto acto administrativo es impugnabile ante los Tribunales de orden jurisdiccional contencioso administrativo. Si la resolución declara la responsabilidad de la Administración, ésta habrá de seguir en procedimiento regulado en el RD 429/1993, con posibilidad de recurrir el acto administrativo que finalice el procedimiento ante la jurisdicción contencioso administrativa. Si por contra la resolución declara la responsabilidad del contratista,

el particular habrá de ejercitar la acción resarcitoria contra éste ante los Tribunales del orden jurisdiccional civil (habiendo interrumpido el plazo prescriptivo de ésta, el requerimiento dirigido a la Administración), pudiendo darse el caso de que. En esta vía, los Tribunales resuelvan que no ha existido culpa o negligencia del contratista(requisito de responsabilidad civil art. 1902 y no de la administrativa que es objetiva) con lo que el lesionado no es indemnizado; o bien que declaren que el contratista no es responsable por haber sido causado el daño siguiendo instrucciones de la Administración o por defecto del proyecto, en cuyo supuesto, el lesionado tendrá que dirigirse nuevamente contra la Administración. Peregrinaje de jurisdicciones nada deseable en la esfera de protección de derechos del administrado.

2. CONCRECIÓN DEL VOTO PARTICULAR

I.- Habiendo ocurrido los hechos determinantes de la posible responsabilidad de la Administración o del contratista actuante durante la vigencia del contrato válido celebrado al amparo de la legislación contractual anterior, constituida, esencialmente por la Ley de Contratos del Estado, texto articulado aprobado por Decreto 923/1965 de 8 de abril y Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, éste ha de ser el régimen legal aplicable tanto al contrato celebrado entre las partes como a los efectos dimanantes del mismo, entre los que se encuentra la responsabilidad de la Administración y/o de los contratistas por daños a terceros.

II.- La aplicación de la nueva normativa no implica una cuestión puramente procedimental-como se afirma en el Dictamen que se contradice-sino que afecta al contenido obligacional y a los efectos del contrato, sin que por otra parte tampoco exista respaldo normativo alguno, sino antes al contrario, para la pretendida aplicación retroactiva procedimental de la nueva norma a situaciones surgidas bajo la vigencia de la legislación anterior.